

INFORME

Que emite el Secretario General que suscribe, a solicitud del Sr. Presidente del Pleno, Delegado de Relaciones Institucionales y Presidente de AUSSA, sobre la condición de medio propio de la empresa APARCAMIENTOS URBANOS DE SEVILLA, S.A. (AUSSA) en relación con el Ayuntamiento de Sevilla, así como de su capacidad para participar en licitaciones convocadas por este Ayuntamiento.

PRIMERO.- La entidad mercantil APARCAMIENTOS URBANOS DE SEVILLA, S.A. (AUSSA) responde al modelo de gestión indirecta de gestión de los servicios públicos, mediante sociedad de economía mixta en la que la Administración participa por sí o por medio de una entidad pública, en concurrencia con personas naturales o jurídicas, prevista en el art. 85.2.B de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local . LBRL-, en la redacción dada por la disposición final primera de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público. En el supuesto que analizamos, el Ayuntamiento participa por medio de la empresa pública TUSSAM (de capital 100% municipal), que es titular del 51% del capital social de AUSSA. Perteneciendo el 49% restante del capital a empresas privadas.

SEGUNDO.- La regla general de la convocatoria y licitación pública de los contratos que celebren las Administraciones públicas, quiebra en los supuestos conocidos como encargos *in house*, es decir, los encargos realizados por Administraciones territoriales de prestaciones típicamente contractuales a sus entes instrumentales personificados (~~en~~ medios propios), sin aplicación de la normativa de contratación pública (los denominados contratos o servicios *in house providing* o encargos a entes propios), justificándose en la capacidad autoorganizativa de la propia Administración.

TERCERO.- Ha sido la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea la que ha ido configurando los perfiles de esta figura, cuyo origen se encuentra en la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios. Los criterios que cumulativamente deben darse para que se produzca la excepción son (STJUE 18 de noviembre de 1999 C-107/98, Teckal):

1º Que el ente territorial ejerza sobre la persona de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios. A los efectos que nos ocupan, el TJUE ha negado la existencia de tal control cuando exista la participación, aunque sea minoritaria, de una empresa privada en el capital de la sociedad (Sentencia 11 de enero de 2005, C-26/03, Stadt Halle). Incluso afirma que si tras la realización del encargo al medio propio se produce una entrada en el capital del mismo de sujetos privados, se deberá negar la existencia de tal control análogo (STJUE de 10 de noviembre de 2005. C-29/04, Comisión vs República de Austria).

2º Que la parte esencial de la actividad del ente instrumental se realice para el ente o entes que lo controlan, de modo que el resto de su actividad tenga un carácter meramente marginal (STJUE de 11 de mayo de 2006, C-340/04, Carbotermo). De la jurisprudencia comunitaria resulta que, cuando son varios los entes territoriales que controlan una empresa, este requisito puede considerarse satisfecho si dicha empresa realiza lo esencial de su actividad, no necesariamente con uno u otro de estos entes territoriales, sino con dichos entes territoriales considerados en conjunto (STJUE 19 de abril de 2007, C-295/05, Tragsa).

CUARTO.- Estos requisitos han sido positivados en nuestro ordenamiento por la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, actualmente Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCAP). El artículo 4,n excluye del ámbito de aplicación de la Ley los encargos *in house*, es decir, los negocios jurídicos en cuya virtud se encargue a una entidad que

tenga atribuida la condición de medio propio y servicio técnico del mismo, la realización de una determinada prestación. Los requisitos para que un ente tenga la condición de medio propio se establecen en el artículo 24.6. A saber:

1º) que el poder adjudicador ostente sobre el ente un control análogo al que pueda ejercer sobre sus propios servicios, entendiéndose la existencia de este control, en todo caso, si le pueden conferir encomiendas de gestión que sean de ejecución obligatoria para él de acuerdo con instrucciones fijadas unilateralmente por el encomendante y cuya retribución se fije por referencia a tarifas aprobadas por la entidad pública de la que depende.

2º) que el ente considerado medio propio realice la parte esencial de su actividad para el poder adjudicador.

3º) además, si se trata de sociedades **la totalidad de su capital tendrá que ser de titularidad pública.**

4º) formalmente, la condición de medio propio deberá reconocerse expresamente por la norma que cree en el ente o por sus estatutos.

Una de las consecuencias de la consideración de un ente como medio propio es la imposibilidad de participar en licitaciones públicas convocadas por los poderes adjudicadores *respecto de los que tengan este carácter*, lo que parece no impedir que se presenten a licitaciones convocadas por otros poderes adjudicadores.

QUINTO.- Aplicando esta doctrina jurisprudencial y requisitos legales a AUSSA podemos concluir que **AUSSA no tiene la condición de medio propio del Ayuntamiento de Sevilla**, y ello por las siguientes razones:

1ª) El dato decisivo de que el 49% de su capital social es de titularidad privada, lo que impide el artículo 24.6, y además imposibilita que el Ayuntamiento ejerza sobre la sociedad un control análogo al que ejerce sobre sus servicios, según la jurisprudencia expuesta.

2ª) El resto de la actividad que realiza AUSSA, al margen de las concesiones otorgadas por el Ayuntamiento de Sevilla, no puede considerarse marginal, actuando la sociedad como una auténtica empresa en el mercado.

3ª) No hay ninguna tarifa aprobada por el Ayuntamiento de Sevilla que establezca la remuneración de hipotéticos encargos que podría realizarse a la sociedad.

4ª) Sus estatutos sociales nada dicen al respecto.

La consecuencia es que AUSSA **sí puede presentarse a las licitaciones convocadas por el Ayuntamiento de Sevilla**, dado que no tiene la condición de medio propio. Como muestra se adjuntan dos certificaciones de licitaciones convocadas por este Ayuntamiento y en las que, entre otras, ha participado la sociedad (una para la adjudicación del contrato de gestión del servicio público de parking en cisneo alto, que resultó adjudicataria, y otra para la adjudicación del contrato de servicio de la grúa, en la que no resultó adjudicataria).

En Sevilla, a 17 de enero de 2013

El Secretario General,

Fdo.- Luis Enrique Flores Domínguez

ILTMO. SR. PRIMER TTE. DE ALCALDE, DELEGADO DE RELACIONES INSTITUCIONALES Y PRESIDENTE DEL PLENO.